



Justis- og beredskapsdepartementet

Sendt pr. e-post: oyvind.royneberg@jd.dep.no

Deres ref.: 16/7930- MHA
Vår ref.: 236003

Dato: 20. februar 2017

Høring - Endringer i utlendingslovens regler om tvangsmidler

1. Innledning

Vi viser til departementets høringsbrev av 19.12.2016 vedrørende ovennevnte høring.

Det er en prioritert oppgave for Advokatforeningen å drive rettspolitisk arbeid gjennom høringsuttalelser. Advokatforeningen har derfor en rekke lovutvalg inndelt etter fagområder. I våre lovutvalg sitter advokater med særskilte kunnskaper innenfor det aktuelle fagfelt og hvert lovutvalg består av advokater med ulik erfaringsbakgrunn og kompetanse innenfor fagområdet. Arbeidet i lovutvalgene er frivillig og ulønnet.

Advokatforeningen ser det som sin oppgave å være en uavhengig høringsinstans med fokus på rettssikkerhet og på kvaliteten av den foreslåtte lovgivningen.

I saker som angår advokaters rammevilkår vil imidlertid regelendringen også bli vurdert opp mot advokatbransjens interesser. Det vil i disse tilfellene bli opplyst at vi uttaler oss som en berørt bransjeorganisasjon og ikke som et uavhengig ekspertorgan. Årsaken til at vi sondrer mellom disse rollene er at vi ønsker å opprettholde og videreutvikle den troverdighet Advokatforeningen har som et uavhengig og upolitisk ekspertorgan i lovgivningsprosessen.

I den foreliggende sak uttaler Advokatforeningen seg som ekspertorgan. Saken er forelagt lovutvalget for asyl- og utlendingsrett og lovutvalget for strafferett og straffeprosess. Lovutvalget for asyl- og utlendingsrett består av Bente Mostad Tjugum (leder), Jan M. Birkeland, Sigrid Broch, Runa Nordahl Hæreid, Zulifqar Munir og Christel Reksten. Lovutvalget for strafferett og straffeprosess består av Halvard Helle (leder), Thomas Horn, René Ibsen, Knut Rognlien, Nicolai V. Skjerdal, Lorentz Stavrum, Frode Sulland og Inger Marie Sunde.

Advokatforeningen avgir følgende høringsuttalelse:

2. Advokatforeningens Kommentarer

Til kap. 4. Pågripelse og tvangsmessig tilbakehold

4.2. Valg av terminologi

Departementet foreslår å endre terminologi fra "fengsling" til "tvangsmessig tilbakehold".

Advokatforeningen vil sterkt støtte forslaget om å forlate bruken av begrepet "fengsling". Det er viktig at lovgiver understreker at regimet på internatet på Trandum nettopp ikke skal være et fengsel, og at opphold på Trandum ikke skal være en straff. Advokatforeningen er enig med Tvangsmiddelrapporten at det uklare skillet som i dag eksisterer mellom straffeprosessen og utlendingsrettslige tvangsmidler "har medvirket til sammenfallende praktiske ordninger ut over det som er lovbestemt". Dette er ikke bare en teoretisk eller prinsipiell innvending, men noe som Advokatforeningen og Advokatforeningens medlemmer selv i stor grad har erfart i forbindelse med foreningens løpende dialog med internatet på Trandum, og som også er understreket av andre viktige NGO'er som har praktiske erfaringer fra dette feltet. Bruken av begrepet "fengsel" står også i direkte motstrid med ordlyden i dagens § 107, der det er tale om et "utlendingsinternat eller annet særskilt tilrettelagt innkvarteringssted".

Advokatforeningen mener imidlertid at begrepet "tvangsmessig tilbakehold" er uegnet som nytt begrep, fordi begrepet har et uklart innhold og fordi det kan bidra til tåkelegging av hva inngrepet egentlig skal gå ut på. Ordet "tvangsmessig tilbakehold" gir ingen beskrivelse av tiltaket, men gir bare inntrykk av at noen blir stoppet og ikke får passere videre. Advokatforeningen støtter derfor det opprinnelige forslaget om å bruke ordet "internering". Tiltakets inngripende karakter tilsier at det ikke gjøres noen tilsløring. Dette gjelder særlig ettersom utlendingsfeltet er et rettsfelt som mange har meninger om, der det er viktig at det i den offentlige debatten benyttes betegnelser som gir klarhet om hva slags tiltak det dreier seg om.

4.3. Noen problemstillinger i skjæringspunktet mellom utlendingsloven og straffeprosessloven

4.3.2 Valg av fengslingsgrunnlag

Departementet peker på en problemstilling som oppstår hvor det verserer både en utlendingssak og en straffesak, og hvor det der "er grunnlag for fengsling/tvangsmessig tilbakehold etter både utlendingsloven og straffeprosessloven."

Departementet mener at det da skal være opp til politiet og påtalemyndigheten å bestemme hvilket spor som skal følges, og at tematikken ikke er egnet for lovregulering.

Advokatforeningen er uenig i dette.

I tilfeller hvor vilkårene for fengsling er oppfylt etter både utlendingsloven og straffeprosessloven, taler grunnleggende rettssikkerhetshensyn og minstegarantier nedfelt i straffeprosessloven for at politiet må velge straffesakssporet. Foreligger det skjellig grunn til mistanke om straffbart forhold, og det er grunnlag for fengsling, jf strpl § 171, utløser det en del prosessuelle rettssikkerhetsgarantier som "siktet", og det er derfor viktig at fengslingen gjøres på dette grunnlag. Hvis det ikke stadfestes i rettens kjennelse at utlendingen er fengslet etter straffeprosesslovens bestemmelser, til tross for at vilkårene for dette er oppfylt, vil utlendingen kunne bli fratatt rettigheter som "siktet" etter straffeprosessloven, jf strpl § 242, forutsatt at utlendingen ikke har status som siktet på annet grunnlag.

Advokatforeningen vil i den forbindelse peke på den markante forskjell som er på straffeprosessloven og utlendingslovens regler, hva gjelder forklaringsplikt og samarbeid. Etter straffeprosesslovens regler gjelder ingen forklaringsplikt, jf f eks strpl §§ 90 og 232, og en tiltalt skal ikke bevise sin uskyld, mens det i forvaltningssaken og i forbindelse med fengsling etter utlendingsloven forventes at en utlending medvirker til å avklare sin identitet, jf utlendingsloven § 83.

Også med bakgrunn i disse ulikhetene mener Advokatforeningen at påtalemyndigheten må velge straffesakssporet og begjære fengsling på dette grunnlaget, gitt at vilkårene for fengsling er oppfylt etter både straffeprosessloven og utlendingsloven. I motsatt fall vil en utlending i en avhørsituasjon, med grunnlag i fengsling etter utlendingsloven og plikten til å samarbeide om avklaring av identitet, kunne oppleve et trykk på å forklare seg også om andre forhold, mulige straffbare forhold, som vil være i strid med selvinkrimineringsforbudet, jf EMK art 6 nr 1.

Advokatforeningen mener det derfor er en enkel og rettssikker regel å følge; at fengsling etter straffesakssporet skal velges, så lenge vilkårene for dette er oppfylt.

En annen sak er at det kan oppstå grunnlag for å bytte spor, fordi det ene grunnlaget faller bort. Dette er noe annet, og må ikke blandes sammen med den situasjon hvor vilkårene for fengsling er oppfylt etter begge spor.

4.3.4 Fremstillingsfristen

Høringsutkastet peker på at fremstillingsfristen etter straffeprosessloven må tilfredsstillere kravene etter SP artikkel 9, hvilket vil si at man må fremstilles innen 48 timer. Unntak kan bare skje der det i den konkrete saken foreligger "ekstraordinary circumstances". Ny straffeprosesslov er foreslått endret i tråd med dette (NOU 2016: 24 § 15-15). Uansett om SP kommer til anvendelse for fengsling/internerings av utlendinger eller ikke, er det ingen grunn til at ikke også utledninger skal kunne fremstilles for retten innen de samme tidsfrister som gjelder i straffesaker. Tvert om vil forholdene ofte ligge bedre til rette for snarlig fremstilling, der interneringen/fengslingen kan planlegges på forhånd. Det vil dessuten uten være upraktisk at utlendingslovens fremstillingsfrist skal avvike fra straffeprosesslovens fremstillingsfrist. I samme retning taler det at fristen for overføring fra politiarrest også er 48 timer. Advokatforeningen mener derfor at de tyngste grunner taler for at fremstillingsfristene bør harmoniseres.

4.3.5 Adgangen til å begjære løslatelse før fremstilling

Det følger av EMK artikkel 5 nr. 4 og SP artikkel 9 nr. 4 at den som frihetsberøves skal ha rett til å få lovligheten av frihetsberøvelsen prøvet for en domstol, og dette skal skje "without delay"/"speedily". Det samme følger også av Grunnloven § 94 annet ledd annet punktum, som sier at andre som berøves friheten skal kunne få frihetsberøvelsen prøvet "uten ugrunnet opphold". Hverken SP, EMK eller den norske Grunnloven bygger på at staten har en "frison" som staten kan utnytte uten at domstolene skal ha mulighet til å overprøve lovligheten av frihetsberøvelsen. Det er korrekt at statens plikt til å selv sørge for fremstilling på eget initiativ gjelder for straffeprosessuell pågrepelse, men staten kan aldri frata den frihetsberøvede retten til selv å kreve lovligheten av frihetsberøvelsen prøvet for domstolene uten ugrunnet opphold.

4.4. Gjennomgang av straffeprosesslovens §§ 174 til 191 og vurdering av hvilke bestemmelser som bør innarbeides i utlendingsloven mv

4.4.1 Innledning

Departementet ønsker å samle reglene om fengsling av utlendinger i utlendingsloven for å gjøre bestemmelsene lettere tilgjengelig.

Advokatforeningen støtter dette, og mener at en klargjøring av hjemmelsgrunnlaget er nødvendig av hensyn til lovkravet i Grunnloven § 94 og § 113, samt EMK artikkel 5 og SP artikkel 9

Når det gjelder lovutkastets *redigering* stiller Advokatforeningen spørsmål ved hensiktsmessigheten av lengden på de foreslåtte bestemmelsene i § 106a og § 106b. De foreslåtte bestemmelsene er lite oversiktlige. For å få plass til alle reglene i samme paragraf behandles flere ulike tema i samme ledd. For eksempel inneholder § 106a første ledd både regler om så ulike tema som hvem som kan treffe beslutning om pågrepelse og om adgangen til undersøkelse av person ved pågrepelse. Lovens redigering tilslører også forholdet mellom hovedregler og unntak. Advokatforeningen mener derfor at lovens redigering er uheldig og at man bør vurdere en annen inndeling, jf også Justisdepartementets egne retningslinjer for lovteknikk og lovforberedelse (se bl.a. s. 63).

4.4.2 Straffeprosesslovens § 174 - Særskilt krav til pågrepelse av mindreårig

Departementet foreslår at bestemmelsen i straffeprosesslovens § 174 skal inn i utlendingsloven.

Advokatforeningen mener at utgangspunktet er bra, og at bestemmelsen bør følge direkte av utlendingsloven. Ordlyden i den foreslåtte utlendingslovens § 106, 3. ledd er imidlertid helt annerledes enn ordlyden i straffeprosesslovens § 174. Ordlyden er langt mer omfattende, og ikke nærmere begrunnet i lovforslaget. Forslaget består av en rekke skjønnsmessige begreper som "ekstraordinære situasjoner", "helt nødvendig", "for øvrig" og "tvingende nødvendig". Det er ikke redegjort for hva lovgiver legger i de ulike begrepene, noe som vil åpne for at forvaltningen får et svært vidt skjønn for håndhevelse av bestemmelsen. Advokatforeningen mener at "ekstraordinære situasjoner" bør avgrenses til situasjoner som oppstår utenfor utlendingsmyndighetenes kontroll, og ikke ved selvskapte ekstraordinære situasjoner, som for eksempel større aksjoner utløst av politiske instruksjoner eller lignende. Generelt mener Advokatforeningen at barn ikke må fengsles, men når det likevel skal skje, må terskelen for å pågripe en mindreårig være svært høy, og kun brukes i ekstreme unntakstilfelle.

Det vises for øvrig til Advokatforeningens uttalelse om pågrepelse av mindreårig under punkt 5.

4.4.3 Straffeprosesslovens § 175 - Pågripelsesbeslutning, beslutningskompetanse og iverksettelse av pågrepelse

Departementet foreslår at bestemmelsen i straffeprosesslovens § 175 skal inn i utlendingsloven.

Advokatforeningen mener det må presiseres i lovforarbeidene at kravet til beskrivelse av grunnen for pågripelsen", jf. forslaget § 106a første ledd, må være så utfyllende at utlendingen kan vurdere og forstå sin rettsstilling. Herunder må det klart fremkomme hvilket vedtak som er grunnlag for pågripelsen og hvilken handling som har utløst pågripelsen.

4.4.4 Straffeprosesslovens § 176 - Pågrepelse uten beslutning av retten eller påtalemyndigheten

Departementet foreslår at henvisning til straffeprosesslovens § 176 utgår, da bestemmelsen delvis allerede er regulert og delvis ikke er relevant for utlendingsloven. Advokatforeningen er enig i dette.

4.4.5 Straffeprosesslovens § 177 - Underretning om grunnlag for pågrepelse

Departementet foreslår en tilsvarende regel i utlendingsloven som i straffeprosesslovens § 177.

Advokatforeningen støtter dette. Advokatforeningen støtter også at det bør presiseres at utlendingen informeres om pågripelsen på et språk den forstår.

Advokatforeningen er derimot kritisk til at det foreslås et unntak fra retten til avskrift av beslutningen om pågripelse. Departementet har begrunnet unntaket med at utlendingen normalt ikke forstår norsk. For det første er dette ikke riktig i svært mange tilfeller. Et betydelig antall av utlendinger som pågripes kan forstå og lese i hvert fall noe norsk. Uansett bør utlendingen gis en avskrift som kan videreformidles til den som bistår utlendingen, for eksempel advokat, NOAS eller bekjente med norskkunnskaper. Utlendingen vil sjelden ha forutsetninger til å forstå at den kan *be om* en slik avskrift.

4.4.6 Straffeprosesslovens § 178 - Gjennomføring av pågripelse

Advokatforeningen er enig i at ordlyden i straffeprosesslovens § 178 bør tas inn i utlendingsloven. Når det gjelder personundersøkelse savner loven både en angivelse av hva en slik personundersøkelse kan gå ut på, og hva som er forutsetningene for at undersøkelse kan foretas. Et spørsmål er for eksempel om det rutinemessig kan foretas nakenvistasjon av alle som pågripes, for eksempel ved at man må kle seg naken og få inspisert sitt underliv ved å sette seg på et speil. Inngripende undersøkelser er problematisk ifht. EMK artikkel 3 samt CPTs praksis, særlig der de gjennomføres uten konkrete indikasjoner og uten noen konkret vurdering av behovet for undersøkelsene. Til sammenligning gjennomføres ikke denne type undersøkelser i politiarrestene uten at det foreligger konkrete vurderinger av behovet.

Advokatforeningen mener også at reglene om gjennomføringen av pågripelsen og adgangen til undersøkelse av person bør skilles ut for seg, og ikke sambehandles med reglene om hvem som har kompetanse til å treffe beslutning om pågripelse.

4.4.7 Straffeprosesslovens § 179 - Etterfølgende kontroll ved pågripelse uten beslutning fra retten eller påtalemyndigheten

Advokatforeningen er enig i at ordlyden i straffeprosesslovens § 179 bør tas inn i utlendingsloven med den nevnte presisering.

4.4.8 Straffeprosesslovens § 180 - Forklaringsrett

Advokatforeningen er enig i at det bør følge en forklaringsrett direkte av utlendingsloven. Advokatforeningen mener imidlertid det kan være grunner til at en utlending bør få forklare seg også der pågripelse skjer etter utløpt utreisefrist. Det kan være en rekke nye forhold av betydning for utlendingens situasjon som begrunner oversittelse av utreisefristen som utlendingen bør få anledning til å uttale seg om. Norske myndigheter er pålagt å ikke returnere utlendinger tilbake til land der de risikerer forfølgelse. Det kan ha oppstått en "non refoulement" situasjon også etter utløpt utreiseplikt som Norge er forpliktet til å respektere. Det vises til at pågripelse er et inngripende tiltak, og at utlendingen risikerer å bli uttransportert på urettmessig grunnlag før møte med advokat eller fengslingsmøte finner sted. Det bør derfor ikke gjøres unntak fra forklaringsretten med mindre utlendingen har gjort det klart at det ikke finnes forhold som begrunner oversittet utreisefrist.

Advokatforeningen vil også bemerke at utlendingen har krav på å få oppnevnt prosessfullmektig etter utlendingslovens § 92, 4. ledd fra det tidspunkt spørsmålet om fengsling skulle ha vært tatt opp, uavhengig av om fristen for fremstilling for fengsling overholdes. Det vises i den sammenheng til Rt. 2010 s. 812, der Høyesterett kom til at utlendingsmyndighetenes oversittelse av fremstillingsfristen i utlendingslovens § 106 ikke kunne frata utledningen retten til å få oppnevnt prosessfullmektig. Det bemerkes at den advokat som har bistått i forvaltningssaken som hovedregel også skal oppnevnes ved fengsling, jf. utlendingsloven § 92 fjerde ledd, fjerde punktum.

4.4.9 *Straffeprosesslovens § 181 - Meldeplikt eller bestemt oppholdssted*

Advokatforeningen er enig i at henvisningen til straffeprosesslovens § 181 utgår. I tråd med utkastet til ny straffeprosesslov, mener imidlertid Advokatforeningen at det er prinsipielt viktig at det også fremgår av lovens systematikk at fengsling/internering er et alternativ som bare skal brukes der andre tiltak ikke er tilstrekkelige. Det vises til NOU 2016: 24 s. 315 (nederst høyre spalte) samt s. 316 (øverst venstre spalte). Regelen om at fengsling/internering ikke skal benyttes der det er tilstrekkelig med meldeplikt eller pålegg om bestemt oppholdssted, bør derfor flyttes frem som et innledende vilkår i § 106, og ikke presenteres som en sikkerhetsventil/unntak senere i bestemmelsen.

Videre pekes det på at vilkåret om at fengsling/internering ikke skal benyttes der det er "tilstrekkelig" med meldeplikt eller pålegg om bestemt oppholdssted, er upresist og misvisende fordi det ikke sies noe om hvor terskelen for hva som anses "tilstrekkelig" egentlig ligger. Nærmere bestemt: Hvilken *risiko* gjør fengsling/internering akseptabelt som tvangstiltak? Betyr "tilstrekkelig" at fengsling/internering kan bestemmes i et hvert tilfelle der det ved anvendelse av meldeplikt eller bestemt oppholdssted foreligger den minste risiko? I så fall vil disse alternativene nærmest aldri bli brukt, og fremstår i så fall som en ren skinnlegitimasjon av fengslingsalternativet. Det relevante kriteriet er derfor at fengsling/internering bare kan brukes der risikoen ved pålegg om meldeplikt eller bestemt oppholdssted vil være så stor at bruk av fengsling/internering likevel er nødvendig. Det vises her til Gammeltoft-Hansen, Varetægtsfængsling og Thomas Horn, Fullstendig isolasjon ved bevisforspillelse (særlig s. 256). Skulle man mene at det ikke kan aksepteres noen risiko ved bruk av meldeplikt eller bestemt oppholdssted må det i det minste uttrykkes klart av Stortinget, men i så fall betyr dette i praksis at alternativene pålegg om meldeplikt eller bestemt oppholdssted kan strykes fra lovteksten.

4.4.10 *Straffeprosesslovens § 182 - Underretning til nærstående*

Det legges til grunn at nærstående som hovedregel skal underrettes om pågrepelse av utlending. Departementet mener imidlertid at det ikke kan pålegges å underrette nærstående som befinner seg i utlandet.

Advokatforeningen mener at der utlendingen har vært representert av advokat, verge eller annen representant bør disse underrettes i tilfeller der utlendingen ikke har nærstående i landet.

4.4.11 *Straffeprosesslovens § 183 - Løslatelse eller fremstilling for fengsling*

Advokatforeningen er enig i at reglene i straffeprosesslovens § 183 bør fremkomme direkte av utlendingsloven.

Det presiseres imidlertid at "senest den tredje dagen etter pågripelsen" er å forstå som en 72-timers frist. Dette følger blant annet av Rt. 2015 s. 1142. Utlendingsmyndighetene har imidlertid praktisert regelen i utlendingsloven slik at fremstillingen må skje innen utløpet av den tredje dagen, og således ikke forholdt seg til en tilsvarende 72-timers frist men kalenderdager. Fengsling ut over 72 timer er i strid med Grunnloven § 94, EMK art. 5 og SP art. 9 jf. Rt. 2014 s. 1102. Advokatforeningen påpeker at disse rettighetene er de samme for fengsling etter utlendingsloven som etter straffeprosessloven. Det vises til at departementet har foreslått en tilsvarende presisering for tvangsmessig tilbakehold av barn etter ny § 106 b, annet ledd.

Advokatforeningen mener det foreligger sterke grunner for å harmonisere fremstillingsfristen etter utlendingsloven med fremstillingsfristen etter straffeprosessloven, jf nærmere merknader ovenfor under punkt 4.3.4.

4.4.12 *Straffeprosesslovens § 184 - Fengsling*

Advokatforeningen støtter forslaget om å ta straffeprosesslovens § 184 inn i utlendingsloven, med enkelte omformuleringer.

Det er etter Advokatforeningens syn viktig at fengsling/internerings bare brukes der fengsling er nødvendig fordi bruk av andre og mindre inngripende tvangsmidler vil medføre en uakseptabel risiko. Kjennelsen bør derfor også begrunne hvorfor mindre inngripende tvangsmidler vil medføre en uakseptabel risiko. Et krav om at retten utelukkende uttaler at et visst hensyn "er vurdert" har i så måte vist seg helt utilstrekkelig og får lett preg av alminnelige besvergelses uten reelt innhold og uten mulighet for etterprøving.

Advokatforeningen foreslår derfor at bestemmelsen om at det må fremgå "hvordan ... muligheten for å anvende mindre inngripende tvangsmidler er vurdert", som nå bare gjelder barn, tas opp som et selvstendig og generelt krav til kjennelsen, inntatt etter kravet om redegjørelse for grunnen til fengslingen/interneringsen. For barn vil man da stå tilbake med særregelen om at det av kjennelsen også må fremgå hvordan hensynet til barnets beste er vurdert.

4.4.13 *Straffeprosesslovens § 184a - Rettens veilednings- og orienteringsplikt*

Advokatforeningen støtter forslaget om å opprettholde henvisningen til straffeprosesslovens § 184 a.

4.4.14 *Straffeprosesslovens § 185 - Fengslingstid og forlengelse av fengsling*

Advokatforeningen støtter forslaget om å klarere regulere hvor lang tid en fengslingskjennelse kan gjelde for, og maksimal sammenhengende fengslingstid, og at disse bør stå samlet i utlendingsloven. Advokatforeningen er kritisk til forslaget om å åpne for at fengslingen kan gjøres for mer enn 4 uker av gangen når tiltaket bygger på unndragelsesfare. Det må legges til grunn at en pågripelse og fengsling er planlagt på forhånd av politiets utlendingsenhet, og at det således foreligger en plan for gjennomføring av uttransportering.

Advokatforeningen mener derfor at det av hensyn til utlendingens rettssikkerhet ikke bør være mulighet til å fengsle utlendingen i mer enn 4 uker av gangen selv i tilfeller der det er fare for unndragelse. En maksimal 4-ukersperiode for fengsling vil sikre en fremdrift i uttransporteringen.

Advokatforeningen mener videre at det ikke bør gis hjemmel for å fengsle utlendingen ut over 18 måneder. Det vises til at det er et krav om progresjon i utlendingssaken, og en fengsling ut over 18 måneder vil kunne være i strid med våre internasjonale forpliktelser etter EMK art. 5 (1).

Det vises i den forbindelse til EMDs avgjørelse J.N. v. United Kingdom, Application No. 37289/12, 19 May 2016. Fra dommen hitsettes:

“Throughout the relevant period of detention, it could not be said that the attempts to deport the applicant had been pursued with due diligence. Although the applicant’s complaints relating to the first period of detention had been declared inadmissible for non-exhaustion of domestic remedies, in considering his complaints concerning the second period of detention up to

September 2009, it could take account of the state of affairs that had existed in January 2008, namely, that he had previously spent more than two years and eight months in immigration detention. Consequently, there had been a greater impetus on the authorities to pursue his deportation with due diligence. Further, while the applicant had repeatedly refused to co-operate with the authorities' attempts to effect a voluntary removal, that could not be seen as a "trump card" capable of justifying any period of detention, however long. In the light of the fact that, with the exception of a period of just under one month, the applicant had been in immigration detention since March 2005, and having particular regard to the Judge's finding concerning the authorities' woeful lack of energy and impetus from mid-2008 onwards, it was from that point that it could not be said that the applicant's deportation had been pursued with due diligence. Accordingly, from mid-2008 to September 2009, the applicant's detention had been in breach of art.5 (1)."

Storbritannia ble altså dømt for ikke å ha overholdt kravet til tilstrekkelig fremdrift i utlendingssaken, selv om utlendingen ikke hadde samarbeidet om utsendelsen. Dette sett i lys av lengden på den totale fengslingstiden av utlendingen. Utlendingen hadde vært fengslet i om lag to år til sammen, hvilket EMD mente var et brudd på art. 5 (1).

Advokatforeningen mener på denne bakgrunn at kravet om tilstrekkelig fremdrift i straffeprosesslovens § 185, 6. ledd må inkluderes i utlendingsloven. Dette vil bevisstgjøre politiets utlendingsenhet om behovet for forsvarlig progresjon i utlendingssaken, og det vil bevisstgjøre retten på kravet til fremdrift for opprettholdelse av fengslingen.

Når det gjelder forslagene til særregler for fengsling av mindreårige vises til uttalelsene til punkt 5.6.8.

4.4.15 Straffeprosesslovens § 186 - Restriksjoner under pågrepelse og fengsling

Advokatforeningen støtter forslaget.

Advokatforeningen mener imidlertid at det bør fremgå av bestemmelsen at advokaten som har bistått i forvaltningssaken skal oppnevnes. Fordi advokaten i forvaltningssaken ofte vil kjenne utlendingen på relativt godt, er det avgjørende at vedkommende advokat oppnevnes i forbindelse med fremstilling for varetektsfengsling. En slik ordning vil medføre økt trygghet for utlendingen og øke muligheten for at saken er best mulig opplyst.

Utlendingsloven § 92, fjerde ledd, fjerde pkt. slår fast at "*dersom utlendingen allerede har advokat på det offentliges bekostning, skal vedkommende advokat som regel oppnevnes*".

Nevnte bestemmelse etterleves ikke av politiet. Advokatforeningen foreslår derfor at det tas inn i bestemmelsen at den som skal fremstilles for retten skal ha oppnevnt advokaten som har bistått i forvaltningssaken som forsvarer, med mindre dette medfører ekstraordinære forsinkelser eller merkostnader, eller klienten selv uttrykker ønske om at en annen advokat skal oppnevnes.

4.4.16 Straffeprosesslovens § 186 a – Isolasjon

Departementet foreslår at bestemmelsen sløyfes, da vilkåret "bevisforspillelsesfare" ikke passer i utlendingssaker.

Advokatforeningen vil imidlertid påpeke at utlendinger på Trandum, også mindreårige, blir underlagt isolasjon og utelukkelse fra fellesskapet uten lovhjemmel. Det er ikke akseptabelt at tvangsmidler blir brukt uten en klar lovhjemmel. Det vises til at bruk av tvangsmidler innenfor andre regelverk, som psykisk helsevern og straffeprosessloven er lovregulert og kun brukes der det er tvingende nødvendig. Bruk av isolasjon og utelukkelse fra fellesskapet uten hjemmel i lov er i strid med EMK artikkel 8 (og artikkel 5) og barnekonvensjonen, samt Grunnloven § 113. Advokatforeningen mener således at bruk av isolasjon og utelukkelse fra fellesskapet ikke kan finne sted på Trandum før det er finnes en lovhjemmel for bruk av slike tvangsmiddel.

4.4.17 Straffeprosesslovens § 187 - Fortsatt fengsling etter dom

Advokatforeningen er enig i at henvisning til straffeprosesslovens § 187 utgår, da den ikke er relevant i utlendingssaker.

4.4.18 Straffeprosesslovens § 187 a - Løslatelse fra fengsling

Advokatforeningen er enig i at en tilsvarende bestemmelse bør tas inn i utlendingsloven.

4.4.19 Straffeprosesslovens § 188 - Fengslingsurrogater

Advokatforeningen er enig i at henvisningen til straffeprosesslovens § 188 kan utgå, da forholdene allerede er regulert i utlendingsloven.

4.4.20 Straffeprosesslovens § 189 - Krav til sikkerhetsstillelse

Advokatforeningen er enig i at henvisningen til straffeprosesslovens § 189 kan utgå.

4.4.21 Straffeprosesslovens § 190 - Opphør av sikkerhetsstillelse

Advokatforeningen er enig i at henvisningen til straffeprosesslovens § 190 kan utgå.

4.4.23 Straffeprosesslovens kapittel 26 – Anke over kjennelse

Advokatforeningen støtter forslaget om å lovfeste at det er straffeprosesslovens regler om anke over kjennelser som gjelder.

Til kap. 5. Særskilt om pågrepelse og tvangsmessig tilbakehold av mindreårige

5.1. Innledning

Advokatforeningen er positiv til at det de siste årene har vært en nedgang i bruk av pågrepelse og fengsling av barn, men Advokatforeningen er av den oppfatning at internering eller fengsling av barn ikke bør foregå overhodet.

Forutsatt at fengsling av barn skal forekomme, bør det etter Advokatforeningens syn fastsettes en absolutt grense for hvor lenge et barn kan holdes fengslet sammen med sine foreldre. Advokatforeningen foreslår en maksimal fengslingsperiode på 14 dager.

Advokatforeningen mener at lovforslaget kan være effektivt middel som et innvandringsregulerende tiltak, men at lovforslaget ikke er effektivt for å sikre gjennomføring av lovlige fattede vedtak som ikke etterkommes av foreldre eller enslige mindreårige asylsøkere.

Advokatforeningen er av den oppfatning at bruk av elektronisk fotlenke bør brukes fremfor å sette barn i fengsel/internat. Bruk av fotlenke vil medføre at familien kan holdes samlet og at fengsling av barn og enslige mindreårige asylsøkere kan unngås.

Advokatforeningen er enig i at terskelen for tvangsmessig tilbakehold skal fremgå direkte av utlendingsloven.

5.6 Departementets vurdering

5.6.2 Vilkår for pågripelse og tvangsmessig tilbakehold av barn på grunn av unndragelsesfare

Advokatforeningen ser ingen grunn til å uthule regelen om at fengsling av barn må være *tvungende nødvendig*. Kravet om tvingende nødvendighet er det kriterium som er i best overenstemmelse med statens menneskerettslige forpliktelser. Det er da også denne terskelen som samfunnet har bestemt skal gjelde for barn som selv begår kriminelle handlinger. Det er da vanskelig å forstå hvorfor det skal være lettere å fengsle barn som selv ikke har gjort noe galt, men som fengsles sammen med sine foreldre. En forskjellsbehandling av barn på dette området reiser også spørsmål etter EMK artikkel 14. Vilkåret om tvingende nødvendighet må fastholdes, og det bør lovteknisk også skyves frem i lovteksten.

Advokatforeningen ser behovet for å presisere domstolens vurderingstema, slik at terskelen "tvungende nødvendig" kobles opp mot det bestemte formålet man vil ivareta. Men samtidig må bestemmelsen også relateres til de mindre inngripende tiltakene. Regelen må i så fall formuleres slik: "Barn under 18 år kan bare fengsles/internerers dersom risikoen forbundet med andre mindre inngripende tiltak som meldeplikt, elektronisk overvåking eller pålegg om bestemt oppholdssted er så stor at fengsling/internerering er tvingende nødvendig for å gjennomføre utsendelsen."

Advokatforeningen har forståelse for behovet og ønsket om å redusere antallet lengeværende barnefamilier. Advokatforeningen mener imidlertid at fengsling/internerering sjelden vil være et egnet virkemiddel for å sikre utsendelsen holdt opp mot alternative tiltak. Fengsling/internerering vil da heller ikke være tvingende nødvendig.

Etter Advokatforeningens syn vil imidlertid fengsling av barn sammen med foreldre ikke være en effektiv løsning sett hen til fengslingsvilkårene som oppstilles i ny utlendingslov § 106.

Årsaken er at storparten av lengeværende familier/lengeværende barn har sin opprinnelse, og årsak i, at foreldrene kommer fra land hvor det er vanskelig eller nærmest umulig å returnere voksne eller barn uten foreldrenes samarbeid. Dette gjelder for eksempel familier fra Iran, Somalia, Eritrea og Etiopia. En del av barna er født i Norge, og vil ikke få identitetsdokumenter/reisedokumenter uten en innsats fra foreldre, og gjerne i samarbeid med norsk politi. Hvorvidt disse familiene lever på skjult adresse eller ikke, vil således ikke være avgjørende for muligheten til å effektivt lovlige fattede vedtak. Alle barnefamilier har forøvrig en absolutt rett til å bo på mottak, også etter oversittelse av en utreiseplikt. Lengeværende barnefamilier som det er praktisk vanskelig å returnere, kan således fortsette å bo på asylmottak, og har ikke noe "incitament" til å gå i kirkeasyl eller unndra seg på annen måte.

En tvangsmessig tilbakeholdelse hvor familiene kommer fra land hvor retur er problematisk, vil etter Advokatforeningens syn ikke kunne hjemles med grunnlag i at fengsling "er helt avgjørende for å gjennomføre utsendelsen" all den tid fengslingen må være av meget kort varighet for ikke å komme i konflikt med nasjonale og internasjonale bestemmelser. Det vil ikke være tilstrekkelig tid til å oppnå formålet med fengslingen (å få gjennomført utsendelsen) uten samtidig å komme i konflikt med kravet

om kortvarig bruk av fengsling overfor barn og enslige mindreårige.

Pågrepelse for å sikre rask uttransportering etter avslag i tilfelle hvor dette "er helt avgjørende for å gjennomføre utsendelsen" forutsetter at samtlige familiemedlemmer har reisedokumenter. Dersom reisedokumenter må fremskaffes/produseres etter fengsling vil fengslingsperioden bli så lang at fengsling av barn raskt vil komme i strid med både Barnekonvensjonen, Grunnloven og EMK.

Et av hovedformålene bak lovforslaget vil dermed ikke være treffende for ønsket om å redusere antallet lengeværende barn i Norge, men kan som nevnt være et middel for å redusere antallet asylkomster til Norge. Advokatforeningen mener at man da er utenfor formålet med bestemmelsen, og kan ikke støtte forslaget.

5.6.3 Vilkår for tvangsmessig tilbakehold på grunn av uklar ID mv

Advokatforeningen går i mot forslaget om å fengsle barn på grunn av uklar ID.

Hvis det likevel skulle bli innført en bestemmelse om dette, mener Advokatforeningen at kriteriet "en ekstraordinær situasjon" må presiseres. Advokatforeningen forslår at det tas inn i lovteksten at dette alene skyldes forhold utenfor Norges grenser som "ekstraordinære ankomster" som departementet selv har nevnt som eksempel, og ikke ekstraordinære situasjoner som oppstår i Norge, som følge av f. eks. av opptreden til norsk politi. Som eksempel nevnes politiets opptreden overfor unge afghanske flyktninger høsten 2016 hvor et 70-talls unge afghanske menn ble pågrepet før utlendingen eller deres advokat var forkynt UNEs avslag. Som delbegrunnelse for fengslingen argumenterte PU for at politiets opptreden hadde ført til økt unndragelse. Etter Advokatforeningens syn er politiets opptreden ingen ekstraordinær situasjon som kan begrunne fengsling. Situasjonen er skapt av politiet.

5.6.4 Innhold i kjennelser om tvangsmessig tilbakehold og spørsmål om separate kjennelser

Advokatforeningen mener det er fundamentalt at barnet behandles som et selvstendig rettssubjekt og har status som part i en sak som går ut på å fengsle/internere barnet. Også slutningen må særskilt omfatte fengsling/internering av barnet selv.

Videre må det utførlig fremgå av begrunnelsen for fengsling at hensynet til barnets beste er vurdert.

5.6.5 Fremstilling og annen høring av barn

Advokatforeningen er enig i at det fastsettes en egen regel i utlendingsloven om rettens plikt til å høre barn i saker om tvangsmessig tilbakehold.

Advokatforeningen vil understreke at utgangspunktet i en rettsstat må være at den som er part i en sak der man selv blir begjært utsatt for et så inngripende tvangsmiddel som fengsling/internering må ha rett til å være til stede i sin egen sak.

Når samfunnet går så langt som å fengsle/internere barn, må denne retten til å være tilstede også være utgangspunktet for barnet. Det er unntak fra dette utgangspunktet som bør begrunnes i det enkelte tilfellet. Harris, O'Boyle & Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights* (3. utg) s. 360 sammenfatter rettspraksis etter EMK artikkel 5 nr 4 slik at det ikke er noen automatisk rett for absolutt alle til å være tilstede personlig "... *the onus would seem to be on the state to justify why he or she cannot [attend in person], and attendance is necessary if 'fairness' requires it*".

Utgangspunktet må derfor være at barn har rett til å være tilstede i fengslingsmøtet og bli hørt personlig, selv om foreldrene som verger i visse tilfeller (avhengig av bl.a. alder) kan bestemme at barnet ikke skal delta, samt at domstolen i visse tilfeller – og utelukkende ut fra barnets beste – kan avgjøre at barnet ikke skal få være tilstede.

Barnets uttalelse skal ikke benyttes for å lette effektivering, men oppfylle barnets rett til å si sin mening; herunder gi barnet anledning til å belyse sin situasjon, og gi et grunnlag for å vurdere barnets beste, jf barnekonvensjonen art 3 nr 1.

Barnekonvensjonen art 12 lyder:

Art 12.

1. States Parties shall assure to the child who is capable of forming his or her own views the right to express those views freely in all matters affecting the child, the views of the child being given due weight in accordance with the age and maturity of the child.

2. For this purpose, the child shall in particular be provided the opportunity to be heard in any judicial and administrative proceedings affecting the child, either directly, or through a representative or an appropriate body, in a manner consistent with the procedural rules of national law.

FNs barnerettskomité har gitt en generell kommentar nr. 12 (2009) om barnets rett til å bli hørt (CRC/C/GC/12). Under pkt. D gis generelle krav til gjennomføringen av barnets rett til å bli hørt. Advokatforeningen henviser til disse.

Advokatforeningen understreker at barnets barns rett til å uttale seg ikke gjør barnet til et ordinært "vitne". Uttaleretten er en rett på barnets hånd, og gjør ikke at barnet får status som vitne. Retten må ikke bruke barnet som et vitne mot foreldrene, og barnet kan ikke pålegges en forklaringsplikt. Dette er viktige prosessuelle distinksjoner.

Fordi advokaten i forvaltningssaken ofte vil kjenne barnefamilien eller den enslige mindreårige asylsøkeren relativt godt, er det avgjørende at vedkommende advokat oppnevnes i forbindelse med fremstilling for varetektsfengsling. En slik ordning vil medføre økt trygghet for barnet, og øke muligheten for at saken er best mulig opplyst.

Utlendingsloven § 92, fjerde ledd, fjerde pkt. slår allerede fast:

"Dersom utlendingen allerede har advokat på det offentliges bekostning, skal vedkommende advokat som regel oppnevnes."

Nevnte bestemmelse etterleves ikke av politiet. Advokatforeningen foreslår derfor at det tas inn i bestemmelsen at dersom barn skal fremstilles for retten skal advokaten som har bistått i forvaltningssaken oppnevnes som forsvarer, med mindre dette medfører ekstraordinære forsinkelser eller merkostnader.

5.6.8 Særskilt om tidsbegrensning ved tvangsmessig tilbakehold av barn

Advokatforeningen er positiv til punkt 1. og 2. i forslaget, men foreningen mener at det bør oppstilles en absolutt øvre grense for hvor lenge et barn kan holdes fengslet maksimalt i inntil 14 dager.

5.6.9 Særskilt om enslig mindreårig

Det foreslås samme begrensning for enslige mindreårige som for barn som er fengslet sammen med sine foreldre.

5.6.10 Beviskrav ved vurderingen av alder

Advokatforeningen er enig i at det ikke foretas en særskilt lovregulering av beviskravet ved vurdering av alder.

Advokatforeningen vil likevel peke på at departementet legger til grunn en tilnærming til beviskravslæren som overser betydningen av kvaliteten på beslutningsgrunnlaget (og som derfor ikke er i samsvar med moderne teori, se bl.a. Kolflaath, Løvlie, Diesen, Horn m.fl.). Til sammenligning bygger forslaget til ny straffeprosesslov på en slik sonndring, jf NOU 2016: 24 s. 601 venstre spalte midt på siden:

"Sentrale momenter ved denne risikovurderingen vil være ... og informasjonsgrunnlagets [beslutningsgrunnlagets] kvalitet, det vil si hvilke holdepunkter som tilsier at det foreligger betydelig risiko".

Der det finnes svært få holdepunkter for å vurdere utlendingens alder er beslutningsgrunnlaget dårlig. Og der man har svært få holdepunkter for å vurdere utlendingens alder har det i det hele tatt lite for seg å henvise til et rent spørsmål om sannsynlighetsovervekt. Det må være et visst minstemål av kvalitet på beslutningsgrunnlaget dersom man skal legge til grunn at en person som kan være mindreårig likevel skal behandles som voksen. Problematikken knyttet til aldersbestemmelse ved vurdering av utlendingens hender (håndrotsanalyse) illustrerer dette på en utmerket måte. Metoden er så omstridt og usikker at hvorvidt en lege måtte mene at utlendingen er mindreårig eller ei, ikke gir et adekvat grunnlag for å treffe en så viktig beslutning som det er om utlendingen skal behandles som barn eller voksen. I slike tilfeller må avgjørelsen i stedet bero på prinsipielle vurderinger uavhengig av den konkrete saken, og som gjenspeiles i prinsipielt begrunnede hovedregler og unntak.

Advokatforeningen er for øvrig bekymret for at UNE og PU ikke synes å tillegge bevisvurderingen til Borgarting lagmannsrett avgjørende vekt i relasjon til effektivering av vedtak hvor utlendingen anfører å være enslig mindreårig asylsøker.

Advokatforeningen vil også gjøre oppmerksom på at Sivilombudsmannen nylig har konkludert med at aldersfastsettelse er et enkeltvedtak som etter sin art kan påklages alene, jf sak (2015/1632). Dette har ikke tidligere vært praksis.

Forslag til forskriftsendring

Som nytt siste punktum i § 106 sjettede ledd foreslås inntatt:

Dersom barn skal fremstilles for retten skal advokaten som har bistått i forvaltningssaken oppnevnes som forsvarer med mindre dette medfører ekstraordinære forsinkelser eller merkostnader.

Siste punktum i § 106 b annet punktum foreslås fjernet. Som nytt siste punktum i § 106 b annet ledd foreslås inntatt.

Maksimal fengslingsperiode kan til sammen utgjøre 14 dager.

Til kap. 6. Pålegg om meldeplikt og bestemt oppholdssted

6.2 Gjennomgang av aktuelle bestemmelser i straffeprosessloven og vurdering av hvilke bestemmelser som bør innarbeides i utlendingsloven mv.

6.2.1 Straffeprosesslovens § 175 første ledd annet punktum

Departementet foreslår å innføre bestemmelsen i straffeprosesslovens § 175 første ledd annet punktum i utlendingslovens § 105 annet ledd.

Advokatforeningen støtter forslaget med følgende merknader:

I tillegg til beskrivelse av det straffbare forhold bør det også beskrives hvilket brudd på utlendingsloven som er begått og angivelse av hvilket vedtak som ikke er etterfulgt. Grunnen til at det er viktig å angi type vedtak, er fordi det gjelder forskjellige regler for utsatt iverksetting, jf utlendingsloven § 90, avhengig av hva slags vedtak det dreier seg. I tilfelle PU begjærer fengsling av en utlending på grunnlag av unndragelse, uten at vedtaket er endelig, er det således av stor betydning hva slags vedtak det dreier seg om.

6.2.2 Straffeprosesslovens § 184

Departementet foreslår å innarbeide i utlendingsloven at retten skal treffe sin avgjørelse ved kjennelse og så vidt mulig innen rettsmøtets slutning.

Advokatforeningen støtter forslaget.

6.2.3 Straffeprosesslovens § 187 a

Straffeprosessloven § 187 a gjelder direkte løslatelse fra varetektsfengsel og lyder:

Den som er fengslet, skal løslates så snart retten eller påtalemyndigheten finner at grunnen for varetektsfengsling er falt bort, eller når fengslingsfristen er gått ut.

Bestemmelsen regulerer løslatelse fra varetektsfengsling når grunnen er falt bort. Henvisningen fra § 105 innebærer at pålegg om meldeplikt eller bestemt oppholdssted skal opphøre når grunnlaget ikke lenger er til stede. Departementet foreslår at dette i stedet sies uttrykkelig i utlendingsloven § 105 nytt tredje ledd i lovforslaget.

Advokatforeningen støtter forslaget.

Til kap. 7. Undersøkelser

7.2 Gjennomgang av straffeprosesslovens §§ 198 til 202 og vurdering av hvilke bestemmelser som bør innarbeides i utlendingsloven mv.

7.2.1 Straffeprosessloven § 198 – Ransaking uten beslutning av retten eller påtalemyndigheten

Departementet foreslår å innarbeide en kombinasjon av straffeprosessloven §§ 193 og 198 første ledd nr. 1 i utlendingsloven § 103, jf. lovforslaget § 103 tredje ledd første til fjerde punktum.

Advokatforeningen støtter forslaget.

Straffeprosessloven §§ 198 tredje ledd, som gjelder ransakelse i forbindelse med pågrepelse, er praktisk viktig også i utlendingssaker. Bestemmelsen innebærer at i ethvert tilfelle der det er gjort beslutning om pågrepelse, kan den politimannen som pågriper utlendingen også foreta husransaking. Regelen foreslås innarbeidet i utlendingsloven § 103, jf. lovforslaget § 103 tredje ledd femte punktum.

Advokatforeningen støtter forslaget.

Straffeprosessloven § 198 nr. 2 forutsetter en straffbar handling med ferske spor, og passer ikke i saker etter utlendingsloven. Nr. 3 forutsetter også en straffbar handling, og passer heller ikke. Departementet foreslår imidlertid at det inntas en bestemmelse i § 103 tredje ledd femte punktum om at polititjenestemann skal ha adgang til å beslutte undersøkelse når vedkommende har kompetanse til å beslutte pågrepelse etter § 106 annet ledd annet punktum fordi det er fare ved opphold.

Henvisningen til straffeprosessloven § 198 kan etter dette utgå.

Advokatforeningen støtter forslaget.

7.2.2 Straffeprosessloven § 199 – Iverksettelse av ransaking

Departementet foreslår å videreføre henvisningen til straffeprosessloven § 199 i utlendingsloven § 103.

Advokatforeningen etterlyser en vurdering av forholdet til Grunnloven § 102 som bestemmer at husransaker ikke må finne sted, unntatt i kriminelle tilfeller.

7.2.3 Straffeprosessloven § 199 a – Ransaking av datasystem

Departementet foreslår å videreføre henvisningen

Advokatforeningen støtter forslaget.

7.2.4 Straffeprosessloven § 200 – Opplysningsplikt og tilstedeværelse under ransaking

Departementet foreslår å videreføre henvisningen til § 200 i sin helhet.

Advokatforeningen støtter forslaget.

7.2.5 Straffeprosessloven § 200 a – Hemmelig ransaking

Departementet foreslår å la henvisningen til § 200 a utgå.

Advokatforeningen støtter forslaget.

7.2.6 Straffeprosessloven § 201 – Gjennomføring av ransaking

Departementet foreslår å videreføre henvisningen til § 201.

Advokatforeningen støtter forslaget.

7.2.7 Straffeprosessloven § 202 – Undersøkelser i etterforskningsøyemed

Departementet antar at bestemmelsen i straffeprosesslovens § 202 har minimal, om noen, praktisk betydning i utlendingssaker. Ettersom det heller ikke er tale om en materiell regel, foreslår departementet å fjerne henvisningen.

Advokatforeningen støtter forslaget.

Til kap. 8. Beslag

8.2 Gjennomgang av straffeprosessloven kapittel 16 (med unntak av §§ 208a og 210-212) og vurdering av hvilke bestemmelser som bør innarbeides i utlendingsloven mv.

8.2.1 Straffeprosessloven § 203 – Hva som er gjenstand for beslag

Første ledd i utlendingsloven § 104 regulerer hva som kan beslaglegges i utlendingssaker og i hvilke tilfeller. Denne må forstås som en uttømmende regulering av disse spørsmålene, og departementet foreslår derfor at straffeprosessloven § 203 utgår.

Advokatforeningen støtter forslaget.

8.2.2 Straffeprosessloven § 204 – Forbud mot beslag

Departementet mener bestemmelsen ikke er relevant i utlendingssaker, ref den uttømmende reguleringen i utlendingsloven § 104 og foreslår at henvisningen til straffeprosessloven § 204 fjernes.

Advokatforeningen mener at bestemmelsen også kan være relevant i utlendingssaker. Eksempler kan være dokumenter med kommunikasjon mellom utlendingen og utlendingens advokat eller med helsepersonell. Slike dokumenter kan inneholde opplysninger av betydning for utlendingens identitet, slik at de omfattes av det saklige anvendelsesområdet for beslagsbestemmelsen. Det kan imidlertid ikke være tvilsomt at slike dokumenter bør unntas fra beslag, og bestemmelsen bør derfor beholdes.

For øvrig viser Advokatforeningen til våre kommentarer under punkt 4.3.2 vedrørende situasjonen når utlendingen også fyller vilkårene for å være "siktet" i en straffesak.

8.2.3 Straffeprosessloven § 205 – Beslutning om beslag mv

Første ledd regulerer hvem som kan treffe beslutning om beslag og hvordan beslutningen skal nedtegnes og oppleses. Dette er allerede regulert i utlendingsloven § 104 og departementet foreslår at henvisningen utgår.

Advokatforeningen støtter forslaget.

Annet ledd gir påtalemyndigheten en anledning til uoppfordret å bringe beslaget inn for retten, og regulerer rettens kompetanse i slike tilfeller. Utlendingsloven § 104 har ikke en tilsvarende regel, men utlendingen kan selv bringe beslaget inn for retten, jf § 104 sjette ledd. Departementet kan ikke se at det er behov for tilsvarende regel i utlendingsloven.

Advokatforeningen mener at i saker hvor utlendingen ønsker å bringe beslaget inn for retten så må utlendingen få oppnevnt en prosessfullmektig, jf utlendingsloven § 92. For øvrig har ikke Advokatforeningen noen merknader til at henvisningen til bestemmelsen sløyfes.

8.2.4 Straffeprosessloven § 206 – Beslag uten beslutning av påtalemyndigheten

Departementet forslår at henvisningen til straffeprosessloven § 206 utgjør i sin helhet.

Advokatforeningen har ingen merknader til dette.

8.2.5 Straffeprosessloven § 207 – Gjennomføring av beslag

Bestemmelsen gir praktiske regler om gjennomføring av beslag, som bør gjelde også i utlendingssaker. Departementet foreslår å opprettholde en henvisning til § 207, jf lovforslagets § 104 åttende ledd.

Advokatforeningen støtter forslaget.

8.2.6 Straffeprosessloven § 208 – Domstolskontroll av beslag

Bestemmelsen regulerer adgangen til å få beslutningen overprøvd av en domstol. Departementet mener henvisningen til første ledd er unødvendig siden utlendingsloven § 104 sjette ledd har en tilsvarende bestemmelse.

Advokatforeningen er enig.

§ 208 annet og tredje ledd har ingen parallell i utlendingsloven, men departementet mener henvisningen ikke er relevant all den tid utlendingsloven ikke åpner for samtykke til beslag.

Departementet foreslår imidlertid å ta inn en tilsvarende bestemmelse som i § 208 tredje ledd om at rettens avgjørelse treffes ved kjennelse.

Advokatforeningen støtter forslaget.

8.2.7 Straffeprosessloven § 209 – Sikkerhetsstillelse som alternativ til beslag

Bestemmelsen regulerer sikkerhetsstillelse som alternativ til beslag. Utlendingsloven regulerer ikke dette, og en henvisning vil gjøre at sikkerhetsstillelse i dag kan brukes i utlendingssaker. Departementet er ikke kjent med at dette brukes i praksis eller at det er reelt behov for en slik regel. Departementet foreslår derfor at henvisningen utgår.

Advokatforeningen støtter ikke forslaget og mener at henvisningen bør stå. Prinsipielt vil det være et gode for utlendingen at det kan stilles sikkerhet som et alternativ til beslag. Det faktum at departementet ikke er kjent med at dette brukes i praksis i dag, kan ikke veie tyngre enn godet det vil være for en utlending å kunne benytte sikkerhetsstillelse der det lar seg gjøre.

8.2.8 Straffeprosessloven § 213 – Varighet av beslag

Bestemmelsen regulerer varigheten av beslag. Slike regler er det behov for også i utlendingssaker og departementet foreslår å innføre egne regler i utlendingssaker med en tilpasset ordlyd, jf lovforslagets § 104 syvende ledd.

Advokatforeningen støtter forslaget.

8.2.9 Straffeprosessloven 214 – Utlevering av beslaglagte ting

Bestemmelsen regulerer fremgangsmåten for tilbakelevering av beslaglagte gjenstander. Det er behov for slike regler også i utlendingssaker og departementet foreslår å beholde henvisningen til § 214.

Advokatforeningen støtter forslaget.

8.2.19 Straffeprosessloven § 214 a – Inndragning av beslaglagte ting

Departementet mener bestemmelsen ikke er relevant i utlendingssaker og foreslår at henvisningen utgår.

Advokatforeningen støtter forslaget.

8.2.11 Straffeprosessloven § 214 b – Inndragning av en beslaglagt ting uten kjent eier, lovbryter eller besitter

Departementet mener bestemmelsen ikke er relevant i utlendingssaker og foreslår at henvisningen utgår.

Advokatforeningen støtter forslaget.

8.2.12 Straffeprosessloven § 215 – Hjemmel for forskriftsendring

Departementet mener bestemmelsen ikke er relevant i utlendingssaker og foreslår at henvisningen utgår.

Advokatforeningen støtter forslaget.

8.2.13 Straffeprosessloven § 215 a – Sikring av elektronisk lagrede data

Departementet foreslår at henvisningen til § 215 a utgår, men foreslår å innta en presisering i utlendingssaker § 104 første ledd om at beslag også kan gjelde elektroniske lagringsenheter og lagrede data som utlendingen er i besittelse av.

Advokatforeningen støtter forslaget. Advokatforeningen forstår den foreslåtte ordlyden i § 104 kun som en presisering av dagens ordlyd, da det må antas at «elektronisk lagrede data» allerede i dag er omfattet av «annet materiale».

8.2.14 Straffeprosessloven § 216 – Forholdsregler ved sikring av bevis

Bestemmelsen regulerer påtalemyndighetens eller politiets kompetanse til å treffe ulike forholdsregler i samband med sikring av bevis. I utlendingssaker er det ikke bevissikring i vanlig forstand. Departementet antar at det er tilstrekkelig at det foreligger hjemmel for slik sikring i de tilfellene der det også foregår straffeprosessuell etterforskning mot utlendingen. Det foreslås derfor at henvisningen utgår.

Advokatforeningen er enig i at henvisningen kan utgå, men ønsker på nytt å vise til våre kommentarer i pkt 4.3.2 vedrørende situasjoner hvor utlendingen både "kvalifiserer" for å anses som "siktet" i straffeprosessuell forstand og hvor han omfattes av utlendingslovens regler. Advokatforeningen mener at i slike tilfeller skal straffeprosesslovens regler gå foran.

Til Kap. 9 – På hvilket stadium av en utlendingssak kan det benyttes tvangsmidler

9.1 Innledning

Advokatforeningen er enig i at det er behov for en generell avklaring og tydeliggjøring av hvilke krav som stilles til "status" i utlendingssaken for at tvangsmidler skal kunne benyttes.

Det er i dag lagt opp til at et tvangsmiddel kan anvendes så lenge det verserer en sak, jf. ul. § 99 annet ledd. Likevel fremgår ikke dette direkte av de ulike tvangsmiddelbestemmelsene. Utlendingsloven § 106 første ledd bokstav b, som gir adgang til pågrep og fengsling, synes for eksempel å forutsette at det må foreligge et vedtak (som innebærer at utlendingen plikter å forlate riket). En utvidelse av fengslingshjemmelens anvendelsesområde til også å omfatte fengsling *før* et eventuelt negativt vedtak er fattet, fremkommer først ved å lese § 106 første ledd bokstav b i sammenheng med § 99 annet ledd, hvilket er uheldig. Uklarheten har ført til misforståelser om lovens krav til status, noe saken i LG-2011-73426-1 og LG-2011-73426-2 er et eksempel på.

Advokatforeningen mener at det bør stilles strenge hjemmelskrav til bruk av tvangsmidler, spesielt ved inngripende beslutninger som fengsling. Både lovtekniske og rettsikkerhetsmessige hensyn taler derfor for en tydeliggjøring av lovens vilkår.

Advokatforeningen kan ikke støtte departementets forslag, og vil redegjøre for det i det følgende.

9.2 Departementets vurdering

Departementets forslag går ut på en presisering av at tvangsmidler også kan brukes før det er fattet vedtak, for de tilfeller der de ulike tvangshjemlene i dag er uklare, for eksempel ved pågrep og fengsling, jf. over. Det er foreslått tatt inn i ordlyden i de enkelte bestemmelser at tvangsmidler også kan brukes "*under behandlingen av en sak*" som *kan* føre til et vedtak som innebærer at utlendingen må forlate riket, jf. eksempelvis forslaget til ny ordlyd i ul. § 106 første ledd bokstav b.

Advokatforening mener at en slik formulering, uten ytterligere presiseringer, er problematisk.

For det første åpner forslaget for en generell adgang til å fengsle reelle asylsøkere før det er fattet vedtak i asylsaken som innebærer at vedkommende må forlate riket. Advokatforeningen mener at et slikt forslag vil komme i konflikt med våre internasjonale forpliktelser, som skal gå foran nasjonal lovgivning, jf. ul. § 3. Foreningen viser først og fremst til Flyktningkonvensjonen art. 26, som sikrer flyktninger og lovlige asylsøkere bevegelsesfrihet og rett til å velge bosted på samme vilkår som utlendinger med lovlig opphold generelt, også under asylbehandlingen.

Det er i juridisk teori tatt til orde for at (nåværende) ul. § 106 første ledd bokstav b må tolkes innskrenkende, for å sikre at asylsøkere ikke undergis frihetsberøvelse under saksbehandlingen i strid internasjonale regler. Lovutvalget viser til lovkommentarene til § 106 ved Terje Einarsen (Gyldendal,

rettsdata.no) note 275, med videre henvisninger til Reinhard Marx i Zimmermann (2011) side 1147-1164 og Hathaway (2005) side 704-719.

I Tvangsmiddelrapporten på side 16 (første avsnitt) er forholdet til FK art. 26 tatt opp. Av samme avsnitt følger det at det ikke har vært "*anledning til å gå grundig nok inn i denne problemstillingen*", men at det kan være "*grunn til å se nærmere på praksis og vurdere om det er mulig å presisere lovens vilkår også på dette punktet*". Til tross for dette er ikke forholdet til Flyktningkonvensjonens art. 26 nevnt i høringsbrevet. Advokatforeningen kan heller ikke se at problemstillingen har vært gjenstand for noen nærmere utredning eller drøftelse.

Advokatforeningen legger til at problemstillingen heller ikke ble drøftet i Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) da departementet besluttet å utvide anvendelsesområdet for bruk av tvangsmidler sammenlignet med tidligere utlendingslov § 107. Problemstillingen synes oversett.

Advokatforeningen etterlyser følgelig en nærmere presisering av forholdet til de internasjonale regler som Norge er bundet av, herunder forholdet til Flyktningkonvensjonen art. 26. Når det ikke foreligger et endelig avslag på en asylsøknad er det ikke tilstrekkelig grunnlag for å påstå unndragelsesfare som fengslingsgrunnlag. Politiet har ikke kompetanse til selv å vurdere en asylsøknads substans. Uten noen form for prejudisiell prøving av forvaltningens vedtak i asylsaken risikerer dermed norske domstoler å fengsle en konvensjonsflyktning i strid med FK art. 26. Advokatforeningen kan følgelig ikke se at fengsling på grunn av unndragelsesfare vil være lovlig før det foreligger et endelig avslag på asylsøknaden etter en betryggende saksbehandling.

I den forbindelse må det understrekes at hvis UDI har truffet vedtak om avslag i første instans, og gitt utsatt iverksetting i påvente av endelig klagebehandling i UNE, jf utlendingsloven § 90, så har ikke asylsøkeren/utlendingen noen utreiseplikt. At det er gitt utsatt iverksetting, er en indikasjon på at det er substans i asylgrunnlaget. En asylsøker som har en "åpenbart" grunnløs asylsak vil etter utlendingsloven § 90 femte ledd, bokstav c, ikke få utsatt iverksetting. Advokatforeningen mener følgelig at det vil være en indre motstrid i regelverket dersom fravær av utreiseplikt i forvaltningssaken/ asylsaken skal kunne brukes som grunnlag for påstand om unndragelsesfare etter utlendingsloven § 106 første ledd, bokstav b, og med "forankring" i utlendingsloven § 99 annet ledd.

Advokatforeningen er også bekymret for at fengsling av utlendingen under behandlingen av saken i forvaltningen vil øke mulighetene for forhåndsdomming, og bidra til å svekke tilliten til at utlendingen får en rettssikker behandling. Det vises til politiets praksis med å varsle utlendingsforvaltningen ved pågrep av en utlending som har en (aktiv) asylsak til behandling. Etter slikt varsel fra politiet, gis saken prioritet i asylsaksbehandlingen, og erfaringen er da at endelig avgjørelse i forvaltningen foreligger kort tid etterpå, og svaret som da kommer fra forvaltningen er da ofte negativt. Forvaltningens raske behandling av utlendingssaken etter varsel om pågrep, svekker tilliten til at saksbehandlingen har vært rettssikker.

Advokatforeningen kan av de ovennevnte grunner ikke støtte lovforslaget.

Til kap. 11. Andre alternativer til tvangsmessig tilbakehold

Advokatforeningen mener at det er viktig med et større fokus på alternativer til fengsling, særlig der det er snakk om fengsling av mindreårige og barnefamilier. Advokatforeningen mener på denne bakgrunn at departementets forslag om en nærmere utredning av fengslingssurrogater, som elektronisk kontroll, er positivt.



Jens Johan Hjort
leder

Vennlig hilsen



Merete Smith
generalsekretær

Saksbehandler: Trude Molvik
tm@advokatforeningen.no